

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione)

29 marzo 2011 (*)

«Mancata esecuzione di una sentenza della Corte che constata un inadempimento di uno Stato –
Penalità – Domanda di pagamento – Abrogazione della normativa controversa»

Nella causa T-33/09,

Repubblica portoghese, rappresentata dai sigg. L. Inez Fernandes e J.A. de Oliveira, in qualità di agenti,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata dai sigg. M. Konstantinidis, P. Guerra e Andrade e dalla sig.ra P. Costa de Oliveira, in qualità di agenti,

convenuta,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione 25 novembre 2008, C (2008) 7419 def., vertente sulla domanda di pagamento delle penalità dovute in esecuzione della sentenza della Corte 10 gennaio 2008, causa C-70/06, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-1),

IL TRIBUNALE (Terza Sezione),

composto dal sig. J. Azizi, presidente, dalla sig.ra E. Cremona e dal sig. S. Frimodt Nielsen (relatore), giudici,

cancelliere: sig.ra K. Andová, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 26 ottobre 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Contesto normativo

1 A norma dell'art. 225, n. 1, primo comma, CE:

«Il Tribunale di primo grado è competente a conoscere in primo grado dei ricorsi di cui agli articoli 230, 232, 235, 236 e 238, ad eccezione di quelli attribuiti a una camera giurisdizionale e di quelli che lo statuto riserva alla Corte di giustizia. Lo statuto può prevedere che il Tribunale di primo grado sia competente per altre categorie di ricorsi».

2 L'art. 226 CE dispone quanto segue:

«La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente Trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia».

3 L'art. 228 CE così prevede:

«1. Quando la Corte di giustizia riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del presente Trattato, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta.

2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissione, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia.

Qualora lo Stato membro in questione non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza del Tribunale comporta, la Commissione può adire la Corte di giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

(...)».

4 Ai termini dell'art. 274, primo comma, CE:

«La Commissione cura l'esecuzione del bilancio, in base alle disposizioni del regolamento stabilito in esecuzione dell'articolo 279 (...)».

Fatti all'origine della controversia

5 Con sentenza 14 ottobre 2004, causa C-275/03, Commissione/Portogallo (non pubblicata nella Raccolta; in prosieguo: la «sentenza del 2004»), la Corte ha dichiarato e statuito:

«Non avendo abrogato il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo, la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori [GU L 395, pag. 33]».

6 Ritenendo che la Repubblica portoghese non si fosse conformata a detta sentenza, la Commissione delle Comunità europee ha deciso di proporre un nuovo ricorso per inadempimento a norma

dell'art. 228, n. 2, CE, a causa del mancato rispetto degli obblighi imposti dalla sentenza della Corte.

7 La Lei 31 dicembre 2007, n. 67, Aprova o Regime de Responsabilidade Civil Extracontractual do Estado e Demais Entidades Públicas (legge 67/2007, relativa all'adozione del regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici, *Diário da República*, 1^a serie, n. 251, del 31 dicembre 2007), stabilisce il regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici in caso di danni causati dall'esercizio della funzione legislativa, giudiziaria e amministrativa in tutte le situazioni non previste da una legge speciale. Essa, fatte salve le disposizioni di una legge speciale, disciplina altresì la responsabilità civile dei titolari di cariche pubbliche, dei funzionari e degli agenti pubblici in caso di danni provocati dalle loro azioni od omissioni nell'esercizio delle funzioni amministrative e giudiziarie e risultanti da tale esercizio, nonché la responsabilità civile degli altri lavoratori al servizio degli enti contemplati da detta legge. L'art. 5 della legge 67/2007 abroga il decreto legge n. 48 051. La legge 67/2007 è entrata in vigore il 30 gennaio 2008.

8 Con sentenza 10 gennaio 2008, causa C-70/06, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-1; in prosieguo: la «sentenza del 2008»), la Corte ha dichiarato:

«16. Al punto 1 del dispositivo della [sua sentenza del 2004], la Corte ha dichiarato che, non avendo abrogato il decreto legge n. 48 051, la Repubblica portoghese era venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

17. Nell'ambito del presente procedimento per inadempimento, al fine di verificare se la Repubblica portoghese abbia adottato i provvedimenti che l'esecuzione della detta sentenza implica, occorre stabilire se sia stato abrogato il decreto legge n. 48 051.

18. Si deve a questo proposito ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento ai sensi dell'art. 228 CE si colloca alla scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso a norma di tale disposizione (sentenze 12 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6263, punto 30; 18 luglio 2006, causa C-119/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6885, punto 27, e 18 luglio 2007, causa C-503/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6153, punto 19).

19. Nella specie, è pacifico che alla data in cui è scaduto il termine impartito nel parere motivato inviatole il 13 luglio 2005, la Repubblica portoghese non aveva ancora abrogato il decreto legge n. 48 051.

20. Considerato quanto sopra precede, si deve concludere che, non avendo adottato le misure necessarie che l'esecuzione della sentenza [del 2004] implica, la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228, n. 1, CE.

(...)

23. [Non] può essere accolto l'argomento della Repubblica portoghese secondo il quale la responsabilità dello Stato in ragione dei danni provocati da atti commessi dai propri funzionari e agenti è già prevista da altre disposizioni del proprio diritto nazionale. Infatti, come la Corte ha dichiarato al punto 33 della [sua sentenza del 2004], tale circostanza è influente sull'inadempimento consistente nell'aver lasciato in essere il decreto legge n. 48 051 nell'ordinamento giuridico interno. L'esistenza di siffatte disposizioni, pertanto, non può garantire l'esecuzione della detta sentenza.

24. Di conseguenza, si deve constatare che, non avendo abrogato il decreto legge n. 48 051, che subordina la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o di norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo, la Repubblica portoghese non ha adottato le misure necessarie che l'esecuzione della [sentenza del 2004] implica, ed è di conseguenza venuta meno agli obblighi che le incombono a norma dell'art. 228, n. 1, CE.

(...)

30. La Corte, siccome ha accertato che la Repubblica portoghese non si è conformata alla [sentenza del 2004], può, a norma dell'art. 228, n. 2, terzo comma, CE, infliggere a tale Stato membro il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

31. Si deve a questo proposito ricordare che spetta alla Corte, in ciascuna causa, valutare, alla luce delle circostanze della specie, le sanzioni pecuniarie da adottare (sentenze 12 luglio 2005, Commissione/Francia, cit., punto 86, e 14 marzo 2006, causa C-177/04, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2461, punto 58).

32. Nella specie, (...), la Commissione propone alla Corte di infliggere una penalità alla Repubblica portoghese.

(...)

36. [N]ella specie, è giocoforza constatare che, nel corso dell'udienza della Corte del 5 luglio 2007, l'agente della Repubblica portoghese ha confermato che il decreto legge n. 48 051 era ancora in vigore in tale data.

(...)

54. Alla luce di tutto quanto sopra considerato, la Repubblica portoghese va condannata a pagare alla Commissione, sul conto "Risorse proprie della Comunità europea", una penalità di EUR 19 392 per ogni giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie per conformarsi alla sentenza [del 2004], a partire dal giorno della pronuncia della presente sentenza fino all'esecuzione della detta sentenza [del 2004].

(...)

Per tali motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

1. Non avendo abrogato il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina il risarcimento ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario in materia di pubblici appalti o di norme nazionali che recepiscono tale diritto alla prova della colpa o del dolo, la Repubblica portoghese non ha adottato le misure necessarie che l'esecuzione della [sentenza del 2004] implica, ed è di conseguenza venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228, n. 1, CE.

2. La Repubblica portoghese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto "Risorse proprie della Comunità europea", una penalità di EUR 19 392 per ogni giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie per conformarsi alla [sentenza del 2004], a decorrere dal giorno della pronuncia della presente sentenza fino all'esecuzione [della detta sentenza del 2004]».

9 Il 28 gennaio 2008 si è tenuta una riunione tra i rappresentanti della Repubblica portoghese e i

rappresentanti della Commissione, nel corso della quale si è discusso della portata della legge 67/2007. I rappresentanti delle autorità portoghesi hanno fatto valere che la Repubblica portoghese, approvando e pubblicando la legge 67/2007 che abroga il decreto legge n. 48 051, aveva adottato tutte le misure necessarie previste dalla sentenza del 2004. I rappresentanti della Repubblica portoghese hanno rilevato, inoltre, che quest'ultima intendeva contestare dinanzi alla Corte ogni decisione della Commissione relativa al recupero degli importi dovuti a titolo della penalità fissata dalla Corte. Essi hanno anche affermato che la Repubblica portoghese avrebbe dovuto semmai versare il pagamento degli importi eventualmente dovuti solo per il periodo compreso tra la data di pronuncia della sentenza, vale a dire il 10 gennaio 2008, e la data di entrata in vigore della legge 67/2007, vale a dire il 30 gennaio 2008.

- 10 La Commissione, da parte sua, ha sostenuto la tesi secondo cui, in sostanza, la legge 67/2007 non costituiva una misura di esecuzione adeguata e completa della sentenza del 2004.
- 11 Successivamente, si sono svolte altre due riunioni tra le parti su iniziativa della Repubblica portoghese al fine di trovare una soluzione extragiudiziale della controversia con la Commissione.
- 12 Con lettera del 25 aprile 2008, le autorità portoghesi hanno comunicato alla Commissione la proposta di legge 210/2008, la quale modifica la legge 67/2007.
- 13 Nell'esposizione dei motivi della proposta di legge, il governo portoghese giustifica la modifica della legge 67/2007 con la necessità di adeguare il nuovo regime di responsabilità extracontrattuale degli enti pubblici all'interpretazione da parte della Commissione della sentenza del 2008 e al regime previsto dalla direttiva 89/665/CE del Consiglio 21 dicembre 1989 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), e dalla direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14).
- 14 Il 15 luglio 2008 il direttore generale della direzione generale (DG) «Mercato interno e servizi» ha inviato una lettera alle autorità portoghesi ove, da un lato, ha sottolineato di condividere la posizione secondo cui queste ultime non avevano ancora adottato tutte le misure necessarie per l'esecuzione della sentenza del 2004 e, dall'altro, ha chiesto il pagamento di un importo pari a EUR 2 753 664 corrispondente alle penalità dovute in esecuzione della sentenza del 2008 per il periodo compreso tra il 10 gennaio e il 31 maggio 2008.
- 15 Con lettera del 23 luglio 2008, le autorità portoghesi hanno trasmesso alla Commissione una copia della Lei 17 luglio 2008, n. 31, *Procede à primeira alteração à Lei n. 67/2007* (legge 31/2008 recante la prima modifica della legge 67/2007, *Diário da República*, 1^a serie, n. 137, del 17 luglio 2008). Tale legge è entrata in vigore il 18 luglio 2008.
- 16 Con lettera datata 4 agosto 2008, le autorità portoghesi hanno risposto alla richiesta di pagamento della Commissione e hanno ribadito il loro punto di vista, in base al quale, con la pubblicazione e l'entrata in vigore della legge 67/2007, esse avevano adottato tutte le misure che l'esecuzione della sentenza del 2004 comportava. Dette autorità hanno dichiarato, tuttavia, che avevano accettato di modificare la legge 67/2007 e di adottare la legge 31/2008 per evitare che si prolungasse la controversia e risolvere il contenzioso con la Commissione sull'interpretazione che va data della legge 67/2007. Inoltre, esse hanno rilevato che l'art. 2 della legge 31/2008 prevedeva

un'applicazione retroattiva della legge a decorrere dal 30 gennaio 2008. Di conseguenza, l'ordinamento giuridico portoghese sarebbe conforme alla sentenza del 2004 dal 30 gennaio 2008. Pertanto, le autorità portoghesi hanno chiesto, sostanzialmente, la rivalutazione dell'importo della penalità prendendo come data di riferimento il 30 gennaio 2008.

- 17 Con lettera del 22 agosto 2008, le autorità portoghesi hanno informato la Commissione che avrebbero proceduto al trasferimento sul conto «Risorse proprie della Commissione n. 636003» della somma di EUR 2 753 664, pur precisando che questo trasferimento era effettuato sotto condizione e non rappresentava l'accettazione da parte della Repubblica portoghese della penalità giornaliera o la rinuncia al suo diritto di contestare l'esigibilità della somma mediante il ricorso ai procedimenti giurisdizionali adeguati.
- 18 Con atto introduttivo registrato presso la cancelleria del Tribunale il 15 settembre 2008 con il numero T-378/08, la Repubblica portoghese ha proposto un ricorso diretto all'annullamento della lettera del 15 luglio 2008.
- 19 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 3 dicembre 2008, la Commissione ha sollevato un'eccezione d'irricevibilità ai sensi dell'art. 114 del regolamento di procedura del Tribunale. Essa, in sostanza, ha fatto valere che la lettera del 15 luglio 2008 non costituiva un atto impugnabile poiché non si trattava di una decisione definitiva della Commissione.
- 20 Con lettera depositata nella cancelleria del Tribunale il 19 gennaio 2009, la Repubblica portoghese ha informato il Tribunale, conformemente all'art. 99 del regolamento di procedura, che essa rinunciava al proprio ricorso.
- 21 La causa T-378/08 è stata cancellata dal ruolo del Tribunale con ordinanza del presidente della Terza Sezione del Tribunale 5 marzo 2009.
- 22 Con decisione 25 novembre 2008, C (2008) 7419 def. (in prosieguo: la «decisione impugnata»), notificata alla Repubblica portoghese con lettera del segretariato generale del 26 novembre 2008, la Commissione ha sottolineato, sostanzialmente, che, a suo parere, la legge 67/2007 non costituiva un'esecuzione adeguata della sentenza del 2004, che, per contro, mediante la legge 31/2008, le autorità portoghesi avevano dato esecuzione a tale sentenza e, che, essendo la stessa legge entrata in vigore il 18 luglio 2008, la data in cui era cessato l'inadempimento era fissata al 18 luglio 2008. Pertanto, essa ha confermato la richiesta di pagamento della penalità formulata nella lettera della DG «Mercato interno e servizi» del 15 luglio 2008. Inoltre, la Commissione ha reclamato un importo supplementare di EUR 911 424 corrispondente al periodo compreso tra il 1° giugno e il 17 luglio 2008.

Conclusioni delle parti

- 23 La Repubblica portoghese chiede che il Tribunale voglia:
 - in via principale, annullare la decisione impugnata;
 - in subordine, annullare la decisione impugnata nella parte in cui i suoi effetti si estendono al di là della data del 29 gennaio 2008;
 - condannare la Commissione a tutte le spese o, qualora il Tribunale riduca l'importo della penalità, condannare ciascuna delle parti a sopportare le proprie spese.

- 24 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
- respingere la domanda della Repubblica portoghese;
 - condannare la Repubblica portoghese alla totalità delle spese.

In diritto

Argomenti delle parti

- 25 In via principale, la Repubblica portoghese fa valere, in sostanza, che la Corte ha dichiarato chiaramente che l'inadempimento risultava dalla mancata abrogazione del decreto legge n. 48 051 e che, pertanto, doveva abrogare detto decreto legge per conformarsi alla sentenza del 2004.
- 26 Orbene, la Repubblica portoghese si sarebbe conformata alla sentenza del 2004 adottando la legge 67/2007, la quale abroga il decreto legge n. 48 051 e introduce un nuovo regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato.
- 27 Peraltro, la Repubblica portoghese ritiene errata l'interpretazione che la Commissione ha dato di tale legge.
- 28 In proposito, essa fa valere, in sostanza, che, al punto 31 della sentenza del 2004, la Corte ha affermato che, subordinando la responsabilità civile dello Stato all'obbligo di fornire la prova della colpa o del dolo, alle condizioni previste dal decreto legge n. 48 051, la Repubblica portoghese era venuta meno ai suoi obblighi comunitari. Per contro, un regime di responsabilità basato su una presunzione di colpa – stabilito dalla legge 67/2007 e, in particolare, dai suoi artt. 7 e 10, nn. 2 e 3 – sarebbe conforme alle direttive comunitarie. Infatti nella sentenza del 2004 nulla potrebbe portare a concludere che la responsabilità dello Stato nell'ambito degli appalti rientranti nella direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e nella direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), ha natura meramente oggettiva, vale a dire, senza colpa.
- 29 Di conseguenza, la Repubblica portoghese considera che, per conformarsi alla sentenza del 2004, essa poteva fissare liberamente le condizioni di applicazione del meccanismo di cui all'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665, purché tale meccanismo esoneri il singolo leso dal dimostrare una colpa commessa dall'autorità aggiudicatrice.
- 30 A suo parere, l'esistenza di una colpa e la necessità di fornirne la prova non possono essere confuse.
- 31 La Repubblica portoghese sostiene che il fatto che il nuovo regime preveda una presunzione relativa non compromette la sua conformità con la direttiva 89/665, nella misura in cui sarà sufficiente per il singolo far valere e fornire la prova dell'illiceità del comportamento senza che sia necessario dimostrare l'esistenza della colpa, mentre spetterà allo Stato fornire, se del caso, la prova contraria.
- 32 Inoltre, la Repubblica portoghese ritiene che il riferimento alla colpa lieve di cui all'art. 10, n. 2, della legge 67/2007 sia irrilevante, poiché, comunque, la vittima è esonerata dal dimostrare la colpa, e che tale riferimento abbia come unico oggetto e come unico effetto di evitare che venga messa in discussione la responsabilità solidale del funzionario o dell'agente responsabile dell'atto illecito e

pregiudizievole. In altri termini, non ci sarà alcuna azione di regresso contro l'agente in caso di colpa lieve, bensì unicamente in caso di colpa grave o di dolo. Tuttavia, questa distinzione, la quale riguarda solamente i rapporti tra l'amministrazione e i suoi agenti, è irrilevante per quanto concerne la vittima.

- 33 Peraltro, le disposizioni dell'art. 7, nn. 3 e 4, della legge 67/2007, relative all'illecito, hanno ad oggetto, sostanzialmente, secondo la Repubblica portoghese, la tutela del singolo in situazioni in cui non riesce ad individuare con precisione l'agente o il funzionario responsabile dell'atto illecito pregiudizievole. In questi casi, si presume l'illiceità dell'atto. Di conseguenza, anche il singolo è esonerato dal dimostrare l'illiceità dell'atto, il che costituisce una forma di responsabilità oggettiva.
- 34 Peraltro, la Repubblica portoghese sostiene, in sostanza, che, non essendosi limitata ad abrogare il decreto legge n. 48 051, ma avendo attuato un nuovo regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato, non sussiste alcuna continuità tra il regime precedente e il regime stabilito dalla legge 67/2007, né, pertanto, continuità della violazione del diritto comunitario.
- 35 Inoltre, la Repubblica portoghese afferma che la modifica della legge 67/2007, introdotta dalla legge 31/2008, era diretta unicamente a superare una divergenza d'interpretazione con la Commissione e ad evitare che essa si prolungasse.
- 36 Secondo la Repubblica portoghese, dato che la Corte non si è pronunciata sulla conformità della legge 67/2007 al diritto comunitario, spettava alla Commissione proporre un nuovo ricorso per inadempimento per sottoporre alla Corte la questione dell'adeguamento al diritto dell'Unione del nuovo regime giuridico stabilito da detta legge.
- 37 In subordine, la Repubblica portoghese fa valere che la retroattività della legge 31/2008 – supponendo che quest'ultima, e non la legge 67/2007, adatti il diritto portoghese al diritto comunitario – fa sì che la data da considerare per la cessazione dell'inadempimento sia il 30 gennaio 2008 e non la data di pubblicazione della legge di cui la Commissione ha erroneamente tenuto conto.
- 38 Di conseguenza, essa conclude per l'annullamento della decisione impugnata a causa degli errori di diritto commessi dalla Commissione.
- 39 Riguardo all'addebito dedotto in via principale dalla Repubblica portoghese, la Commissione sostiene, essenzialmente, anzitutto, di avere determinato l'oggetto della controversia nella diffida inviata allo Stato membro interessato.
- 40 Orbene, a parere della Commissione, l'oggetto della controversia, nel ricorso per inadempimento proposto contro la Repubblica portoghese, non consisteva in un'azione positiva di tale Stato, bensì in una sua omissione. Quest'ultima risultava dal fatto che la direttiva 89/665 presupponeva il raggiungimento di un risultato – il risarcimento dei soggetti lesi da qualunque violazione del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o delle norme nazionali di recepimento – e che l'abrogazione del decreto legge n. 48 051 non era sufficiente, secondo la Commissione, a raggiungere detto obiettivo.
- 41 Di conseguenza, la Commissione considera che non si trattava meramente di abrogare il decreto legge n. 48 051, bensì tutto il regime giuridico all'origine dell'inadempimento della direttiva comunitaria. Essa rileva che la Corte, al riguardo, è stata chiara nelle sentenze del 2004 e del 2008, affermando che il decreto legge n. 48 051, il quale subordinava alla prova della colpa la concessione di un risarcimento danni ai soggetti lesi, secondo le modalità previste da tale normativa, poneva la Repubblica portoghese in una situazione di violazione del diritto comunitario. Inoltre, essa fa valere

Repubblica portoghese in una situazione di violazione del diritto comunitario. Inoltre, essa fa valere che la Corte, nella sentenza del 2008, ha dichiarato che la Repubblica portoghese, non avendo abrogato il regime all'origine dell'inadempimento, non si era conformata alla sentenza del 2004.

- 42 Secondo la Commissione, è evidente che la sentenza del 2004 non comporta che la Repubblica portoghese, con la mera abrogazione del decreto legge n. 48 051, avrebbe adattato il proprio ordinamento giuridico nazionale agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 1, n. 1, e dell'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.
- 43 La Commissione sostiene inoltre che, in base alla sua interpretazione del diritto portoghese, la legge 67/2007 non adeguava quest'ultimo al diritto comunitario, sebbene essa riconosca nei suoi atti che si trattava di un regime giuridico diverso dal regime precedentemente in vigore. La Commissione afferma che la Repubblica portoghese si è conformata alla sentenza del 2004 solo dopo avere adottato la legge 31/2008.
- 44 In proposito, la Commissione adduce, essenzialmente, che la direttiva 89/665 prevede il risarcimento dei soggetti lesi da decisioni illegittime delle autorità giudicatrici o da una violazione della legge. Pertanto, non si tratta di una responsabilità oggettiva, bensì di una responsabilità civile extracontrattuale amministrativa. Al riguardo, essa osserva che la Corte non ha trattato tale questione nella sentenza del 2004 e questa sentenza non consente di trarre alcuna conclusione in merito.
- 45 Secondo la Commissione, la Corte ha dichiarato, per contro, che il sistema di tutela giurisdizionale della Repubblica portoghese era inadeguato poiché richiedeva la prova dell'esistenza di un atto illecito commesso da agenti dell'ente amministrativo.
- 46 Orbene, a parere della Commissione, la legge 67/2007 non costituiva nemmeno una trasposizione conforme della direttiva 89/665 nell'ordinamento giuridico portoghese.
- 47 La Commissione precisa che, al riguardo, occorre distinguere tre situazioni.
- 48 In primo luogo, se l'atto è stato commesso da un funzionario o da un agente che ha agito con dolo o colpa grave, l'atto illecito è imputabile direttamente a tale funzionario o agente e lo Stato è indirettamente responsabile in solido se, oltre a queste due prime condizioni, l'agente o il funzionario in tal modo individuato abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni. In caso contrario, lo Stato non è responsabile.
- 49 Inoltre, la Commissione ritiene che, se il funzionario è incorso in dolo o colpa grave, il soggetto leso debba dimostrare il dolo o la colpa grave, conformemente all'art. 10, n. 2, della legge 67/2007, poiché, in questo caso, si applicano nuovamente i criteri generali relativi all'onere della prova.
- 50 In secondo luogo, se l'atto illecito è stato compiuto da un funzionario che è incorso in colpa lieve, l'atto illecito è direttamente imputabile a tale funzionario o agente e lo Stato è responsabile indiretto, posto che non può essergli addebitato alcun atto di cui sarebbe l'autore. Esso è ritenuto responsabile unicamente per fatto altrui. Anche nella presente causa, secondo la Commissione, il sorgere della responsabilità presuppone che l'agente o il funzionario abbia agito nell'esercizio della sua funzione amministrativa e a causa di tale esercizio. Lo Stato, se dimostra che l'agente non ha commesso alcun illecito, non è responsabile.
- 51 Quanto alla colpa lieve, la Commissione fa valere, in sostanza, che la presunzione di colpa può essere facilmente invertita con qualunque mezzo, comprese le testimonianze, dato che la colpa è valutata in funzione della diligenza di un funzionario medio dal quale non ci si aspetta che risolva le imperfezioni del sistema amministrativo.

impeccabilità del sistema amministrativo.

- 52 In terzo luogo, se l'azione o l'omissione riveste carattere funzionale e i danni non sono causati da un determinato funzionario o agente, o quando è impossibile attribuire l'azione o l'omissione ad un qualunque autore, i danni sono attribuiti ad un funzionamento anormale del servizio se, tenuto conto delle circostanze e dei criteri di riferimento medi, si poteva ragionevolmente richiedere al servizio un comportamento diverso. Ove tali condizioni non siano soddisfatte, lo Stato non è responsabile.
- 53 La Commissione ritiene, essenzialmente, che la nozione di funzionamento anormale del servizio sia, almeno in parte, un sostituto della colpa, laddove comporta la verifica della diligenza richiesta direttamente al servizio pubblico ove è avvenuto il fatto pregiudizievole.
- 54 Pertanto, in ogni caso, la Commissione afferma che il risarcimento della vittima è subordinato dalla legge all'esistenza di una colpa del funzionario nel compimento dell'atto illegittimo o al funzionamento anormale del servizio.
- 55 Di conseguenza, la Commissione sostiene che la responsabilità civile dello Stato non è diretta in forza della legge 67/2007, prima della sua modifica da parte della legge 31/2008, bensì dipende dall'esistenza di una colpa dei funzionari o degli agenti dell'ente amministrativo. Orbene, la Corte, nella sua sentenza del 2004, ha dichiarato che tale regime non era conforme alle disposizioni della direttiva 89/665. Infatti, sia la colpa dell'agente o del funzionario sia il funzionamento anormale del servizio costituiscono nozioni estranee alla direttiva 89/665.
- 56 Infine, la Commissione ritiene, in sostanza, che la violazione sia continua e che vi si sia posto fine unicamente tramite la legge 31/2008, essendo irrilevanti al riguardo la successione del decreto legge n. 48 051 e della legge 67/2007. Essa osserva, peraltro, che anche la retroattività della legge 31/2008 è irrilevante, dato che si è posto fine all'inadempimento tramite l'adozione di detta legge il 17 luglio 2008, unica data da prendere in considerazione.

Giudizio del Tribunale

Considerazioni preliminari

- 57 Si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 226 CE, la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del Trattato CE, emette un parere motivato dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato di cui trattasi non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia.
- 58 Da una giurisprudenza costante risulta che la Commissione non ha infatti il potere di stabilire in modo definitivo, con i pareri formulati ai sensi dell'art. 226 CE o mediante altre prese di posizione nell'ambito di tale procedimento, i diritti e gli obblighi di uno Stato membro, o di dare a questo garanzie relative alla compatibilità col Trattato di un determinato comportamento, e che, ai sensi degli artt. 226 CE - 228 CE, la determinazione dei diritti e degli obblighi degli Stati membri e il giudizio sul loro comportamento possono risultare unicamente da una sentenza della Corte (sentenze della Corte 27 maggio 1981, cause riunite 142/80 e 143/80, Essevi e Salengo, Racc. pag. 1413, punto 16, e 22 febbraio 2001, causa C-393/98, Gomes Valente, Racc. pag. I-1327, punto 18).
- 59 Peraltro, a norma dell'art. 228, n. 2, CE, la Corte di giustizia, su richiesta della Commissione dopo che quest'ultima ha emesso un parere motivato che non è stato osservato dallo Stato membro interessato, può comminare il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità, qualora riconosca che lo Stato membro non si è conformato alla sua sentenza.

60 Il procedimento di cui all'art. 228, n. 2, CE dev'essere considerato come uno speciale procedimento

- 60 Il procedimento di cui all'art. 228, n. 2, CE dev'essere considerato come uno speciale procedimento giudiziario di esecuzione delle sentenze, in altri termini, come un mezzo di esecuzione (sentenza della Corte 12 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6263, punto 92).
- 61 Tuttavia, occorre constatare che il Trattato CE non stabilisce le modalità di esecuzione della sentenza pronunciata dalla Corte al termine del suddetto nuovo procedimento, in particolare quando è imposta una penalità.
- 62 Ciononostante, nella misura in cui una sentenza della Corte, emessa in forza dell'art. 228, n. 2, CE, condanna uno Stato membro a pagare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità, e in cui, a titolo dell'art. 274 CE, la Commissione dà esecuzione al bilancio, spetta a quest'ultima riscuotere le somme che sarebbero dovute al bilancio dell'Unione in esecuzione della sentenza, conformemente alle disposizioni dei regolamenti adottati in attuazione dell'art. 279 CE.
- 63 Il Trattato CE, tuttavia, non prevede alcuna disposizione speciale relativa alla risoluzione delle controversie che sorgerebbero in tale contesto tra uno Stato membro e la Commissione.
- 64 Ne consegue che i rimedi giurisdizionali stabiliti dal Trattato CE risultano applicabili e che la decisione con la quale la Commissione fissa l'importo dovuto dallo Stato membro a titolo della penalità cui è stato condannato può costituire oggetto di un ricorso di annullamento in forza dell'art. 230 CE.
- 65 Pertanto, il Tribunale è competente a conoscere di un simile ricorso, conformemente alle disposizioni dell'art. 225, n. 1, primo comma, CE.
- 66 Tuttavia, nell'esercizio di questa competenza, il Tribunale non può invadere la competenza esclusiva riservata alla Corte dagli artt. 226 CE e 228 CE.
- 67 In tal modo, nell'ambito di un ricorso di annullamento basato sull'art. 230 CE e diretto contro una decisione della Commissione relativa all'esecuzione di una sentenza della Corte, emessa sul fondamento dell'art. 228, n. 2, CE, il Tribunale non può pronunciarsi su una questione, relativa all'inadempimento da parte dello Stato membro degli obblighi ad esso incombenti in forza del Trattato CE, che non sarebbe stata risolta previamente dalla Corte.

Sulla fattispecie

- 68 Occorre ricordare i termini della sentenza del 2008:

«16. Al punto 1 del dispositivo della [sentenza del 2004], la Corte ha dichiarato che, non avendo abrogato il decreto legge n. 48 051, la Repubblica portoghese era venuta meno agli obblighi che le incombevano in forza degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665.

17. Nell'ambito del presente procedimento per inadempimento, al fine di verificare se la Repubblica portoghese abbia adottato i provvedimenti che l'esecuzione della detta sentenza implica, occorre stabilire se sia stato abrogato il decreto legge n. 48 051.

18. Si deve a questo proposito ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, la data di riferimento per valutare l'esistenza di un inadempimento ai sensi dell'art. 228 CE si colloca alla scadenza del termine fissato nel parere motivato emesso a norma di tale disposizione (sentenze 12 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6263, punto 30; 18 luglio 2006, causa C-119/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-6885, punto 27, e 18 luglio 2007, causa C-503/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6153, punto 10).

Commissione/Germania, Racc. pag. 1-0133, punto 17).

19. Nella specie è pacifico che alla data in cui è scaduto il termine impartito nel parere motivato inviatole il 13 luglio 2005, la Repubblica portoghese non aveva ancora abrogato il decreto legge n. 48 051.

20. Considerato quanto sopra precede, si deve concludere che, non avendo adottato le misure necessarie che l'esecuzione della sentenza [del 2004] implica, la Repubblica portoghese è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228, n. 1, CE.

(...).

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

1. Non avendo abrogato il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o di norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo, la Repubblica portoghese non ha adottato le misure necessarie che l'esecuzione della [sentenza del 2004] implica, ed è di conseguenza venuta meno agli obblighi che le incombono a norma dell'art. 228, n. 1, CE.

2. La Repubblica portoghese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto "Risorse proprie della Comunità europea", una penalità di EUR 19 392 per ogni giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie per conformarsi alla [sentenza del 2004], a decorrere dal giorno della pronuncia della presente sentenza fino all'esecuzione [della detta sentenza del 2004]».

69 Dal dispositivo della sentenza del 2008, letto alla luce dei motivi presi in considerazione dalla Corte nei punti 16-19, risulta espressamente che era sufficiente per la Repubblica portoghese abrogare il decreto legge n. 48 051 per conformarsi alla sentenza del 2004 e che la penalità sarebbe dovuta fino a tale abrogazione.

70 Orbene, è pacifico che il decreto legge n. 48 051 è stato abrogato dall'art. 5 della legge 67/2007, adottata il 31 dicembre 2007, pubblicata nel *Diário da República* il medesimo giorno ed entrata in vigore il 30 gennaio 2008.

71 Tuttavia, nella decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto, in sostanza, che la legge 67/2007 non costituisse un'esecuzione adeguata della sentenza del 2004, che, per contro, mediante la legge 31/2008, le autorità portoghesi avessero dato esecuzione a tale sentenza, e che, essendo la stessa legge entrata in vigore il 18 luglio 2008, la data in cui era cessato l'inadempimento fosse fissata al 18 luglio 2008. La Commissione, pertanto, si è rifiutata di fissare la cessazione dell'inadempimento alla data in cui il decreto legge n. 48 051 era stato abrogato dalla legge 67/2007.

72 Di conseguenza, la Commissione ha violato il dispositivo della sentenza del 2008. La decisione impugnata, quindi, deve essere annullata.

73 Questa conclusione non può essere rimessa in discussione dall'interpretazione data dalla Commissione della sentenza del 2004.

74 È vero che la Commissione sostiene che la Corte, nel richiedere, nelle sue sentenze del 2004 e del 2008, l'abrogazione del decreto legge n. 48 051 «che subordina la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo», non ha solamente imposto l'abrogazione di detto decreto legge – il che, a suo parere, avrebbe condotto ad una lacuna giuridica e non avrebbe costituito un'adeguata conforma alla direttiva 89/665 – bensì occorre interpretare

e non avrebbe costituito un adeguamento conforme alla direttiva 89/665 – bensì occorre interpretare dette sentenze nel senso che anche la Corte ha dichiarato che non era conforme alla direttiva il fatto di subordinare la concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo.

- 75 Di conseguenza, essa afferma che l'inadempimento sarebbe persistito fino a quando nel diritto portoghese sarebbe esistita una siffatta subordinazione della concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo.
- 76 Di conseguenza, la Commissione rileva che doveva tener conto non della data di abrogazione del decreto legge, bensì della data in cui il legislatore portoghese ha abolito la subordinazione della concessione del risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono alla prova della colpa o del dolo.
- 77 Poiché l'abrogazione del decreto legge n. 48 051 non ha prodotto tale effetto, l'inadempimento poteva quindi persistere, secondo la Commissione.
- 78 Ciò è quanto essa avrebbe constatato nella decisione impugnata quando ha osservato, in sostanza, che la legge 67/2007 non costituiva un'esecuzione adeguata della sentenza del 2004, che, per contro, mediante la legge 31/2008, le autorità portoghesi avevano dato esecuzione alla citata sentenza, e che, essendo la stessa legge entrata in vigore il 18 luglio 2008, la data in cui era cessato l'inadempimento era fissata al 18 luglio 2008.
- 79 In tal modo, la Commissione avrebbe avuto non soltanto la facoltà, bensì anche l'obbligo, di verificare se il nuovo regime giuridico attuato in seguito all'adozione della legge 67/2007 costituisse una trasposizione adeguata della direttiva 89/665.
- 80 Questa tesi, tuttavia, non può essere accolta.
- 81 Infatti, nell'ambito dell'esecuzione di una sentenza della Corte che infligge una penalità ad uno Stato membro, la Commissione deve poter valutare le misure adottate dallo Stato membro per conformarsi alla sentenza della Corte, in particolare, per evitare che lo Stato membro inadempiente non si limiti ad adottare misure aventi, in realtà, lo stesso contenuto di quelle che hanno formato oggetto della sentenza della Corte.
- 82 Tuttavia, l'esercizio di questo potere discrezionale non può pregiudicare i diritti – e, segnatamente, i diritti processuali – degli Stati membri, quali risultano dal procedimento di cui all'art. 226 CE, né la competenza esclusiva della Corte a statuire sulla conformità di una normativa nazionale con il diritto comunitario.
- 83 Orbene, è giocoforza constatare che la Corte non si è pronunciata sulla conformità della legge 67/2007 alla direttiva 89/665 nell'ambito della sua sentenza del 2004 né in quello della sua sentenza del 2008.
- 84 Inoltre, è pacifico che la legge 67/2007 ha abrogato il decreto legge n. 48 051 e ha introdotto un nuovo sistema di responsabilità comportante modifiche sostanziali rispetto al regime risultante dal decreto legge n. 48 051.
- 85 La Commissione stessa riconosce, nella decisione impugnata, che «la legge 67/2007 può facilitare la concessione di un risarcimento danni agli offerenti lesi da un atto illecito dell'autorità aggiudicatrice» e nei suoi atti che il legislatore portoghese non si è limitato ad abrogare il decreto

aggiudicatrice» e, nei suoi atti, che il legislatore portoghese non si è limitato ad abrogare il decreto legge n. 48 051, ma, mediante detta legge, ha sostituito il suo regime giuridico con uno nuovo.

- 86 Peraltro, sia dalle discussioni tra le parti prima dell'adozione della decisione impugnata sia dagli atti presentati da queste ultime nell'ambito della presente causa risulta che esse non si accordano sulla conformità della legge 67/2007 al diritto comunitario.
- 87 Risolvere una questione siffatta equivarrebbe a valutare la compatibilità della legge 67/2007 al diritto comunitario, il che richiede un'analisi giuridica complessa che eccede ampiamente un controllo puramente formale diretto a determinare se il decreto legge n. 48 051 sia stato o meno abrogato.
- 88 Orbene, la determinazione dei diritti e degli obblighi degli Stati membri e il giudizio sul loro comportamento possono risultare unicamente da una sentenza della Corte a norma degli artt. 226 CE - 228 CE (v. supra punto 58).
- 89 Di conseguenza, la Commissione non poteva decidere, nell'ambito dell'esecuzione della sentenza del 2008, che la legge 67/2007 non era conforme al diritto comunitario e, successivamente, trarne conseguenze per il calcolo della penalità decisa dalla Corte. Qualora essa rilevasse che il regime giuridico introdotto dalla nuova legge non costituiva una trasposizione corretta della direttiva 89/665, avrebbe dovuto avviare il procedimento previsto dall'art. 226 CE.
- 90 Ad abundantiam, il Tribunale evidenzia che la tesi addotta dalla Commissione, in base alla quale occorre attribuirle un potere discrezionale maggiore in merito all'esecuzione di una sentenza emessa dalla Corte in applicazione dell'art. 228, n. 2, CE, comporterebbe che, in seguito alla contestazione da parte di uno Stato membro dinanzi al Tribunale di una valutazione della Commissione che eccede i termini stessi del dispositivo della sentenza della Corte, quest'ultimo sarebbe inevitabilmente indotto a pronunciarsi sulla conformità di una normativa nazionale al diritto comunitario. Orbene, una simile valutazione rientra nella competenza esclusiva della Corte e non in quella del Tribunale.
- 91 Da quanto precede discende che la Commissione non era autorizzata ad adottare la decisione impugnata che, pertanto, deve essere annullata.

Sulle spese

- 92 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. La Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese, conformemente alla domanda della Repubblica portoghese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) La decisione della Commissione 25 novembre 2008, C (2008) 7419 def., è annullata.**
- 2) La Commissione europea è condannata alle spese.**

Azizi

Cremona

Frimodt Nielsen

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 29 marzo 2011.

Firme

* Lingua processuale: il portoghese.